

# منابع حقوق اساسی؛ طرح یک چهارچوب نظری جدید

امیرحسین علیقی

چکیده

نویسنده در این مقاله تلاش می‌کند تا با اتکا به دو فرضیه، تحریر نظری جدیدی از منابع حقوق اساسی، به دست دهد. در فرضیه اول، انشاء یک منبع حقوق اساسی تابعی از اراده کسانی دانسته می‌شود که صاحبان حق حاکمیت خوانده می‌شوند. بر این مبنا، اعتبار هر منبع حقوق، از آن حیث که مستلزم محدود کردن اراده انسان‌ها یا اعطای حقی به یکی در مقابل دیگری است، وابسته به اراده صاحبان حق حاکمیت است. بر اساس فرضیه دوم نیز، با توجه به این مفروض که صاحبان حق حاکمیت ممکن است اعمال حاکمیت‌شان را مستقیماً یا به‌نحو غیرمستقیم اعمال کنند، از دوگونه منبع حقوق اساسی یاد شده است: منابع درجه اول حقوق اساسی و منابع درجه دوم حقوق اساسی.

## Abstract

Trying to give a new approach to resources of constitutional law and with two hypotheses, author explains the dependency of right to make any resources of constitutional law to sovereignty. Then he differs between direct constitutional resources, arisen directly from the sovereign, and indirect resources that comes from who represents the sovereign.

این اثر اول بار در مرداد ماه ۱۳۹۸ و منحصرأً از طریق نشانی زیر، در فضای مجازی،

منتشر شده است:

<http://aalinaghi.blog.ir/1398/05/05/ref104>

ایمیل: [alinaghi@gmail.com](mailto:alinaghi@gmail.com)

شناسه تلگرام: @aalinaghi

وبلاگ: aalinaghi.blog.ir

کانال تلگرامی: @alinaghi\_ch

«کلیه حقوق برای مولف محفوظ است.»

## مقدمه و طرح بحث

موضوع منابع حقوق اساسی، موضوعی سهل و ممتنع است. سهل است به این دلیل که تالیفات حقوق اساسی بدون احساس نیاز به طرح برخی مباحث بنیادین، به آسانی فهرستی را تحت عنوان منابع حقوق ارائه و تکلیفی در بیان چرایی این فهرست و عدم ارائه فهرست دیگر، احساس نمی‌کنند. در عین حال، این موضوع ممتنع است زیرا که طرح مسأله‌ای به نام منابع حقوق اساسی، برخی از مهم‌ترین پرسش‌ها عالم حقوق و حقوق اساسی را در پیش روی ما قرار می‌دهد. بعلاوه، پیوند حقوق اساسی و منابعش با موضوع قدرت سیاسی، به برخی مسائل نظری و عملی دامن می‌زند که بدون دامن تر کردن، نمی‌توان، به سادگی، از کنارشان گذشت.

از آنجا که گوهر وجودی یک منبع حقوق اساسی، ایجاد الزام به زیان برخی یا ایجاد حق برای برخی دیگر است که ممکن است در قالب تصمیم و یا حکم لازم‌الاجرای عمومی بیان شود، این پرسش مهم زمینه طرح می‌یابد که اخذ کننده تصمیم و یا وضع کننده قانون، حق وضع قانون یا اخذ تصمیم خویش را از کجا و بر اساس کدام بستر هنجاری معتبر تحصیل کرده است؟

این پرسش، جدای از اینکه یکی از کلیدی‌ترین، و شاید مهم‌ترین پرسش در عرصه فلسفه حقوق است، از جدی‌ترین پرسش‌های رایج در زمینه حقوق و آزادی عمومی (بحث حق-صلاحیت یا حق-اختیار در حقوق و آزادی‌های عمومی) نیز می‌باشد. از این رو، به نظر می‌رسد که طرح مباحث مربوط به منابع حقوق اساسی، بدون تجزیه و تحلیل مبانی نظری مربوط به آن، نه تنها ابتر است، بلکه می‌تواند صاحب‌نظران را به علت نپرداختن به زمینه نظری پویس‌های علمی خود، با نوعی فقر دمساز کند. در نتیجه، ممکن است در تالیفات یک صاحب‌نظر حقوق اساسی، ترددی میان منابع ادعایی حقوق اساسی، یا درجه اعتبار آنها مشاهده کرد که، نه تنها از قوام نظری کافی برخوردار نیست، بلکه همان نویسنده را در تالیفات متعدد دچار تناقض‌گویی نماید.

این مقاله تلاش دارد تا بر اساس توضیحات فوق برخی از مهم‌ترین جنبه‌های موضوع منابع حقوق اساسی را به بحث بگذارد. از این رو، تلاش می‌شود تا ضمن ایجاد پیوند نظری میان متغیری به نام «منابع حقوق»، و به طور اخص منابع حقوق اساسی، با متغیری به نام «حق حاکمیت»، فرضیه‌ای را به بحث بگذارد که طی آن «یک منبع حقوق اساسی، آن

چیزی است که مستقیماً یا غیر مستقیماً از اراده صاحب یا صاحبان حق حاکمیت منبعث می‌شود.»

همچنین در این مقاله، ضمن فرضیه دیگری، این نکته طرح خواهد شد که «یک منبع غیر مستقیم، یا درجه دو حقوق اساسی، اعتبار خود را از منابع مستقیم یا درجه اول حقوق اساسی اخذ کرده و در عین حال شعاع نفوذ محدودی دارد.» به عنوان مثال، منابع درجه دوم حقوق اساسی، مجاز به ایجاد منبع جدید حقوق اساسی نیستند، بلکه تنها منابع درجه یک حقوق اساسی مجاز به خلق منابع جدید (درجه دو) حقوق اساسی‌اند. توضیحات بیشتر راجع به هر یک از این دو فرضیه، در ادامه خواهد آمد. در طول مقاله تلاش می‌شود تا مباحث نظری طرح شده، فارغ از ساختار حقوق اساسی ایران طرح شوند. نگارنده امید دارد تا ضمن مقاله دیگری، با استفاده از فرضیات این مقاله، به موضوع رها شده منابع حقوق اساسی ایران بپردازد.

## اهمیت منابع حقوق

حقوق متولی تنظیم رابطه حقوقی افراد است. در این عرصه، به برخی از افراد حقوقی اعطا می‌شود و برخی دیگر از افراد مکلف می‌گردند. پس از مشخص شدن این حق‌ها و تکالیف‌هاست که مناسبات میان انسان‌ها جنبه حقوقی می‌یابد. یکی از نکاتی که، پیش از مشخص شدن دایره حقوق و تکالیف هر شخص، در عرصه حقوق، طرح می‌شود این است که چه کسی صلاحیت دارد تا این حق‌ها و تکالیف‌ها را مشخص کند؟ به عبارتی، چه کسی حق دارد تا معین کند که در یک رابطه حقوقی مشخص، طرفین این رابطه از چه حقوق و تکالیفی برخوردارند؟

برای نمونه، ممکن است در یک رابطه خرید و فروش با این پرسش مواجه شویم که با توجه به اینکه خریدار و فروشنده از یکدیگر دورند، کالای خریداری شده می‌بایست در کدام محل تحویل خریدار گردد؟ پاسخ‌های متفاوتی می‌توان به این پرسش داد. با استفاده از گزاره‌های حقوقی، برای پاسخ به پرسش فوق، می‌توان پاسخ‌های احتمالی زیر را فهرست کرد:

گزاره ۱) فروشنده مکلف است که کالا را در محلی که خریدار اقامت دارد تحویل دهد.

گزاره ۲) خریدار مکلف است برای تحویل گرفتن کالا به محل اقامت فروشنده برود.

گزاره ۳) کالا می‌بایست در محلی که خریدار و فروشنده قرارداد خود را در آنجا منعقد کرده‌اند تحویل

گردد.

آشکار است که هر یک از این جملات ساختی حقوقی دارد و از تکلیف یکی از طرفین (خریدار یا فروشنده) گفتگو می‌کند. همچنین مشخص است که، در یک رابطه حقوقی مشخص، نمی‌توان همزمان به اعتبار هر سه گزاره حکم کرد. لذا پرسشی که مطرح می‌شود این است که از میان گزاره‌های فوق، به کدام گزاره می‌بایست عمل کرد یا کدام پاسخ از نظر حقوقی معتبر است، به این معنا که بالاخره کالای خریداری شده می‌بایست در کدام محل تحویل خریدار گردد؟ لذا در قدم اول ضروری است تا مشخص شود که از میان چند پاسخ احتمالی، کدامیک، از نظر حقوقی، محل تحویل کالا به مشتری را معلوم می‌کند.

برای رسیدن به پاسخ چاره‌ای نداریم جز اینکه از متن گزاره‌های سه‌گانه فوق فراتر رویم و برای هر یک از آنها این پرسش را مطرح کنیم که «چه کسی چنین گفته» یا «چرا». پرداختن به این مساله، یعنی بررسی اینکه اعتبار هر یک از جملات سه‌گانه فوق از کجا ناشی شده است. این مساله ما را درگیر سرفصلی در حقوق می‌کند که از آن به «منابع حقوق» یاد می‌شود. به عنوان مثال، می‌توان پرسش «چه کسی گفته/ چرا» را در مقابل هر یک از گزاره‌های سه‌گانه بالا قرارداد. پاسخ احتمالی به این پرسش‌ها در گزاره‌های زیر مشاهده می‌شود. در هر یک از پاسخ‌های طرح شده زیر به «منابعی» استناد شده تا «اعتبار یک حق یا تکلیف» مشخص شود.

گزاره ۱- پاسخ) چون در قرارداد با هم توافق کرده‌اند که فروشنده کالا را در آن محل تحویل دهد.  
گزاره ۲- پاسخ) چون فروشنده طی تماسی با خریدار به او گفته «اگر کالایت را می‌خواهی باید بیایی اینجا، آن را تحویل بگیری.»

گزاره ۳- پاسخ) چون ماده ۳۷۵ قانون مدنی می‌گوید که «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده...»

همانگونه که گفته شد این پرسش‌ها و پاسخ‌های احتمالی به آنها در سرفصل «منابع حقوق» مورد بررسی قرار می‌گیرند. در سرفصل منابع حقوق مشخص می‌شود که از میان سه پاسخ بالا کدامیک معتبر و برای طرفین قرارداد لازم‌الاجراست. به بیان دیگر تا پیش از «اعتبارسنجی» فوق، تمامی این پاسخ‌ها ادعاهایی هستند که از حیث امکان «اعتبار» یا «عدم اعتبار»، ارزش یکسانی دارند. آنچه باعث می‌شود که یکی از پاسخ‌ها ارزش و اعتبار بیشتری یافته و عمل به آن لازم‌الاجرا گردد، ارزیابی آن پاسخ با معیاری است که «منبع حقوق» نامیده می‌شود. در نتیجه، پاسخی اعتبار داشته و لازم‌الاجرا خواهد بود که مورد

تایید «منبع حقوق» باشد. اهمیت بحث منابع حقوق دقیقاً به همین دلیل است که برخی پاسخ‌ها، که می‌تواند سرنوشت روابط حقوقی انسان‌ها را دگرگون کند، را در صدر نشانده یا بی‌اعتبار می‌کند.

در میان پاسخ‌های ارائه شده به پرسش فرضی فوق، پاسخ اول ضرورت و لزوم مورد نظرش را به «توافق طرفین»، یا آنچه قرارداد می‌نامیم، احاله داده است. در پاسخ دوم با «اراده یک‌جانبه فروشنده» یا، به تعبیر دقیق‌تر، «زور» مواجهیم، در حالی که سومین پاسخ ادعا دارد که نیرو و الزامش را از یک «قانون» می‌گیرد. حال مساله این است که کدامیک از سه پاسخ ارائه شده می‌بایست در رابطه میان خریدار و فروشنده مورد عمل قرار گیرد. رسیدن به نتیجه و پاسخ نهایی منوط به آن است که مشخص کنیم در این رابطه خاص میان خریدار و فروشنده، این «توافق طرفین» است که منبع حقوق است و تکلیف نهایی را مشخص می‌کند یا «اراده یک‌جانبه فروشنده» و یا «قانون». همان‌گونه که گفته شد «منابع حقوق» متولی مشخص کردن این موضوع‌اند.

در بحث از منابع حقوق مشخص می‌شود که آیا «قرارداد»، «زور»، «قانون»، «حکم حاکم»، «مصوبه وزیر یا هیات وزیران»، «مصوبه فلان شورا»، «رویه‌های جاری» و یا «عرف» منبع حقوق هستند یا خیر؟ و در صورتی که منبع حقوق باشند، در فرض تعارض میان این منابع، کدامیک برتر و قوی‌تر از دیگر منابع است و تکلیف رابطه حقوقی موضوع پرسش را مشخص می‌کند؟ در نتیجه، اگر حقوق را عرصه «حق‌ها» و «تکلیف‌ها» بدانیم و حق‌ها و تکلیف‌ها را «ادعا»هایی بدانیم که بوسیله هر کس، هر زمان و در هر جا، قابل طرح و بیان است، آنگاه می‌توانیم تنها ادعاهایی را که منطبق با «منابع حقوق» هستند را ادعاهای لازم‌الاجرا، و در معنای دقیق کلمه، «حقوقی» یا معتبر بدانیم.

در جمع‌بندی نهایی، «منبع حقوق را می‌توان مرجعی دانست که در یک وضعیت یا رابطه حقوقی مشخص، ماهیت رابطه حقوقی و طرفین آن و میزان حقوق و تکالیف طرفین این رابطه حقوقی را مشخص کرده و پیامدهای حقوقی این رابطه را معین می‌سازد.» در اصل، این منبع حقوق است که مشخص می‌کند که چه کسانی حق و تکلیف دارند و میزان حقوق و تکالیف آنها در هر رابطه حقوقی چیست و هر رابطه حقوقی چه آثاری را برای طرفین ایجاد می‌کند.

در نتیجه، یک منبع حقوق اساسی است که مشخص می‌کند که پارلمان یک کشور از چند مجلس تشکیل می‌شود و دامنه اختیارات و وظایفش چیست؟ همچنین، یک منبع

حقوق، به عنوان ابزاری برای سنجش میزان حقانیت یا قانونی بودن یک فعل یا ترک فعل، مورد استفاده قرار می‌گیرد. مثلاً یک منبع حقوق اساسی مشخص می‌کند که آیا اقدام خاص یک وزیر «قانونی» بوده و آیا او دارای «حق/ صلاحیت» چنین اقدامی بوده است یا خیر؟ منابع حقوق مراجعی هستند که در چنین شرایطی قضاوت‌های ما را در حقانی دانستن یا ندانستن اقدام‌های انجام شده شکل می‌دهند. مثلاً اگر بگوییم که به استناد اصل خاصی از قانون اساسی رئیس جمهور یا وزیر صلاحیت چنین کاری را نداشته است، آن اصل از قانون اساسی مبنا و «منبع» این قضاوت بوده است.

قبل از ادامه بحث، ضمن مثالی دیگر، تلاش می‌شود تا اهمیت و جایگاه منابع حقوق در مطالعات حقوقی مشخص شود.

فرض کنید که رئیس جمهور یک کشور نیروهای نظامی را طی تصمیمی راهی خیابان‌ها کرده است تا برخی معترضین خیابانی را سرکوب کنند. در جامعه این پرسش مطرح شده است که آیا رئیس جمهور حق/ صلاحیت چنین کاری را داشته است یا خیر؟ به رسم پیش گفته، اکنون می‌توانیم عبارت «چه کسی گفته یا چرا» را در مقابل این ادعا که «رئیس جمهور حق دارد تا مثلاً برای مبارزه با تهدیدکنندگان امنیت کشور از نیروهای نظامی در داخل شهرها استفاده کند» قرار می‌دهیم. در مقابل این پرسش دو پاسخ احتمالی می‌تواند ارائه شود:

پرسش: «چه کسی گفته یا چرا» رئیس جمهور حق دارد تا برای مبارزه با معترضین خیابانی از نیروهای نظامی در داخل شهرها استفاده کند؟

پاسخ ۱) به موجب ماده n قانون x یا اصل y قانون اساسی رئیس جمهور دارای این اختیار است.

پاسخ ۲) چون رئیس جمهور چنین تشخیص داده است.

همانگونه که مشخص است پاسخ اول اعتبار اقدام رئیس جمهور را به یک ماده قانونی یا اصلی در قانون اساسی ارجاع داده است. این در حالی است که پاسخ دوم اعتبار این اقدام را ناشی از قدرت و توانایی عملی رئیس جمهور می‌داند. به تعبیر دیگر، پاسخ اول اعتبار و لازم الاجرا بودن یک فرمان را ناشی از «قانون» می‌داند حال آنکه پاسخ دوم اعتبار و لازم الاجرا بودن این فرمان را ناشی از تشخیص و «قدرت» عملی رئیس جمهور. این دو پاسخ فرق‌های مهمی با هم دارند. در بحث از منابع حقوق باید مشخص شود که از میان دو پاسخ ارائه شده، کدامیک از لحاظ حقوقی معتبر و لازم‌الاجراست.

با نگاهی به آنچه گذشت و مثال‌های سه‌گانه مربوط به محل تحویل کالا، مشخص

می‌شود که معتبر انگاشتن هر یک از گزاره‌های سه‌گانه، آثار عمیقی، از حیث میزان تکالیف تحمیل شده و بار مالی ناشی از این تکالیف، بر روابط طرفین رابطه حقوقی بر جای می‌گذارد. همچنین آشکار شد که این منابع حقوق هستند که مشخص می‌کنند که، مثلاً، کدامیک از گزاره‌های سه‌گانه فوق معتبرند. لذا اگر این منابع حقوق‌اند که در نهایت مشخص می‌کنند دایره تکالیف یا حقوق هر یک از طرفین یک رابطه حقوقی چقدر است، نمی‌توان بدون پرداختن به مبانی نظری مورد نیاز، به بحث از منابع حقوق یا منابع حقوق اساسی پرداخت. واقعیت آن است که به نظر می‌رسد که در سرفصل منابع حقوق یا منابع حقوق اساسی در تالیفات رایج حقوقی، در حد شایسته، به این مبانی نظری اعتنا نمی‌شود.

### **تنوع منابع حقوق اساسی در متون منتشره**

در یکی از اولین بخش‌های کتابهای حقوق اساسی به موضوع منابع حقوق اساسی پرداخته می‌شود. در این بخش‌ها این پرسش که «منابع حقوق اساسی کدامند» طرح می‌شود. به رغم تفاوت‌هایی که در پاسخ این پرسش ارائه شده است، کتابهای حقوق اساسی در ایران، ضمن فهرستی، اقدام به شمارش منابع حقوق اساسی کرده‌اند. به عنوان مثال در یکی از کتب حقوق اساسی<sup>۱</sup>، منابع حقوق اساسی به این صورت فهرست شده‌اند: ۱. قانون اساسی، ۲. قانون عادی، ۳. آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه، ۴. فرامین و احکام روسای کشورها، ۵. عرف، ۶. دکتترین، ۷. رویه قضایی.

اینکه می‌گوییم، بر اساس نظر نویسنده کتاب، بندهای هفت‌گانه فوق منابع حقوق اساسی هستند به این معناست که برای پاسخ دادن به پرسش‌های مرتبط با «چه کسی گفته/ چرا» می‌توان از این منابع هفت‌گانه کمک گرفت. به بیان دیگر، از نگاه این نویسنده، این قانون اساسی، قوانین عادی، آیین‌نامه‌های قوه مجریه، فرامین و احکام روسای کشورها، عرف، دکتترین و رویه قضایی‌اند که مشخص می‌کنند که در حوزه حقوق اساسی چه کسانی دارای «حق» هستند و چه کسانی مکلف‌اند. همچنان که همین منابع‌اند که مشخص می‌کنند که میزان اختیارات هر یک از این «اشخاص» چقدر است. با این وصف، نگارنده این تالیف مشخص نکرده است که چرا مثلاً نویسندگان قانون اساسی، قانون‌گذاران عادی یا تصویب‌کنندگان آیین‌نامه‌ها و افرادی مانند روسای جمهور از طریق فرامین‌شان «محق‌اند» برای دیگران اقدام به وضع حق و تکلیف کنند. این سکوت در دیگر منابع حقوق اساسی نیز مشهود است. فی‌الواقع یکی از مهم‌ترین زمینه‌های مهم نظری که در بحث از منابع حقوق

اساسی غایب است همین نکته است که چرا منابع حقوق اساسی دارای این قدرت هستند که برای مردم و نهادهای فعال در یک کشور وضع الزام کنند و مردم آن کشور نیز مکلف به تبعیت از این الزامات هستند؟

در تالیفی دیگر<sup>۲</sup> در بحث از منابع حقوق اساسی از «قانون اساسی»، «قوانین سازمانی»، «آیین‌نامه‌های داخلی مجالس»، «قوانین عادی»، «تفسیر قانون اساسی»، «رویه قضایی و تصمیمات دادرسی قانون اساسی»، «عرف‌های حقوق اساسی» و «دیدگاه‌های دانشمندان حقوق اساسی» یاد شده است. مشخص است از دیدگاه نویسنده اخیر، و برخلاف نظر نویسنده اول، «آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه» و «فرامین و احکام روسای کشورها» فاقد توان اعتبار لازم برای تاسیس نهادهای حقوق اساسی و واگذاری اختیارات به این نهادها هستند. زنده‌یاد ابوالفضل قاضی شریعت پناهی<sup>۳</sup> در بحث از منابع حقوق اساسی از «قانون اساسی»، «قوانین مصوب پارلمان»، «آراء دستگاه‌های کنترل و رویه حقوق اساسی»، «سایر اعمال قوه مقننه»، «اعمال قوه مجریه» و «سایر اسناد و مدارک» نام می‌برد. بر اساس این تلقی، دامنه مراجعی که می‌توانند اقدام به وضع قواعد حقوق اساسی کنند، البته، وسعت یافته است.

کتابی دیگر<sup>۴</sup> در ابتدا از «قانون اساسی» یاد می‌کند و سپس به «دیدگاه‌ها و اندیشه‌های صاحب‌نظران» و «عرف حقوق اساسی» می‌پردازد. در این کتاب از قانون عادی، آیین‌نامه‌ها و فرامین روسای کشورها و رویه قضایی سخنی به میان نمی‌آید. در مقابل ضمن مبحث جدیدی، از منابع خاص حقوق اساسی گفتگو می‌شود که شامل «کتاب» (قرآن)، «سنت»، «اجماع» و «عقل» می‌گردد.

نویسنده‌ای دیگر، ضمن بیان این نکته که «منظور از منابع حقوق اساسی کلیه عواملی است که در ایجاد و اعتبار بخشیدن حقوق اساسی نقش داشته و قواعد حقوقی از آن‌ها ریشه می‌گیرد»<sup>۵</sup>، در ارائه فهرستی از منابع حقوق اساسی، در ابتدا از منابع اسلامی یاد می‌کند که شامل قرآن، سنت معصومین، اجماع و عقل می‌گردد. او پس از این مرحله، که منابع استنباط احکام در فقه شیعه را به عنوان منابع حقوق اساسی ذکر می‌کند، به قانون اساسی اشاره می‌کند و سپس ضمن بحث از «سایر منابع حقوق اساسی» به قوانین سازمانی، قوانین عادی، رویه قضایی و تصمیمات دادرسی قانون اساسی، عرف‌های حقوق اساسی، فرامین رئیس کشور و نظریات دانشمندان حقوق به عنوان منابع حقوق اساسی اشاره می‌کند.<sup>۶</sup>



نویسندگان کتابی دیگر، در ارائه فهرستی از منابع حقوق اساسی، گشاده دستی بیشتری به خرج داده و از ده منبع حقوق اساسی در ایران یاد کرده‌اند. این منابع که ظاهراً از حیث دایره ارزش و اعتبار، به ترتیب ذکر شده‌اند عبارتند از: احکام اسلام، قانون اساسی، نظرات و مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، نظرات شورای نگهبان، قوانین عادی، رای ملت یا آراء عمومی، عرف و عادات و رسوم، رویه قضایی، فرامین رئیس کشور، نظریات علمای حقوق.<sup>۷</sup>

این مطالعه را می‌توان به شمار دیگری از تالیفات عرصه حقوق اساسی توسعه داد که ضمن آن مشخص می‌شود که تقریباً در تمامی متون منتشره، بدون وارد شدن در مباحث نظری لازم، نویسنده فهرستی از منابع حقوق اساسی ارائه داده و در عین حال کوچکترین توجیهی در خصوص چرایی این فهرست انتخابی بیان نکرده است. این در حالی است که هر یک از فهرست‌های ارائه شده، به عده‌ای از مقام‌ها و نهادها حق یا قدرت ملزم کردن دیگران اعطا می‌کنند و برخی دیگر از مقام‌ها و نهادها را از این حق / قدرت محروم می‌کنند. به همین دلیل، به نظر می‌رسد که این نوع نگاه به منابع حقوق اساسی، عمق نظری مورد نیاز را رها می‌کند. از این زاویه، قبل از ارائه هر فهرستی از منابع حقوق اساسی، نیازمند بررسی یک نکته کلیدی هستیم. ملاک و شاخص قرار گرفتن چیزی در جرگه منابع حقوق و حقوق اساسی چیست؟

طبیعی است که اگر به رئیس جمهور یا هیات وزیران مراجعه کنیم، احتمالاً ترجیح شخصی هر یک از آنان این خواهد بود که دستورات و فرامین‌شان در زمره منابع حقوق اساسی باشد، تا از طریق بتوانند اجرای آنچه را که مصلحت و مفید تشخیص می‌دهند به مردم یک جامعه تحمیل کنند. اما پیداست که حقوق و تحلیل‌های حقوقی لزوماً با پسندها و تمایلات افراد و مقام‌های حکومتی سروکار ندارد. در نتیجه، می‌توان این مساله محوری را طرح کرد که آن شاخصه اصلی که باعث می‌شود تا چیزی در زمره منابع حقوق قرار گیرد چیست؟

### **منابع حقوق اساسی و اراده صاحبان حق حاکمیت**

قبلاً اشاره شد که کارکرد اصلی یک منبع حقوق ایجاد حق به نفع عده‌ای یا تکلیف به زیان عده‌ای دیگر است. مثلاً یک منبع حقوقی می‌تواند فروشنده را «ملزم» سازد که کالا را در محل اقامت خریدار به او تحویل دهد. لذا زبان یک منبع حقوق، زبان ایجاد محدودیت در مقابل برخی اشخاص، یا اعطای حق یا صلاحیت به بعضی از دیگر اشخاص است. به

همین دلیل، مشخص نمودن منابع حقوق، در واقع، مشخص کردن مراجع و منابعی است که می‌توانند حقوقی را به برخی اعطاء یا محدودیت‌هایی را در مقابل برخی دیگر ایجاد می‌نمایند.

واضح است که این موضوع، مهم‌تر از آن است که یک نویسنده در ابتدای کتابش از کنارش گذشته، و بدون ارائه دلیل، به ارائه فهرستی از منابع به عنوان منابع آن رشته از حقوق اقدام کند. به عنوان مثال، اگر نویسنده‌ای فرامین روسای جمهور را به عنوان منبع حقوق معرفی کند، می‌بایست به این پرسش پاسخ دهد که چرا رئیس جمهور در این کشور خاص دارای این حق است تا اقدام به محدود کردن حقوق دیگر اشخاص و مقامات کند؟ چرا رئیس جمهور این حق را دارد و هیات وزیران و یا حتی یک وزیر از چنین حقی برخوردار نیست؟ چرا مجالس مقننه یا قضاات نباید از چنین قدرتی بهره‌مند باشند؟ و از همه اینها مهم‌تر، چرا اصولاً نهادها و مقاماتی مانند رئیس جمهور، هیات وزیران، وزراء، مجالس مقننه یا قضاات حق دارند برای انسان‌ها و شهروندان ایجاد محدودیت کنند؟ «چه کسی» به آنها این حق را داده است تا برای دیگران تعیین تکلیف کنند؟ به تعبیر دیگر، این نهادها و مقامات این حقوق و اختیارات فرضی خود را از کجا آورده‌اند؟

حتی مروری گذرا به این پرسش‌ها مشخص می‌کند که این مساله مهم‌تر از آن است که بتوان به راحتی از کنارش گذشت. فی‌الواقع بخش مهمی از فلسفه حقوق و مباحث نظری در حقوق و حتی سیاست و مطالعات نظری اجتماعی معطوف به واکاوی همین مساله است. بعلاوه بخشی از حقوق اساسی نیز وظیفه دارد تا مشخص کند که چه کسانی حق دارند تا، به نام یا بدون نام انسان، برای انسان‌ها تصمیم بگیرند.

به نظر می‌رسد که برای تجزیه و تحلیل نظری منابع حقوق اساسی چاره‌ای جز رجوع به آنچه «حق حاکمیت» خوانده می‌شود نداریم. کسی نمی‌تواند یا حق ندارد بنده و شما را مکلف به امری کند مگر اینکه یا در تجزیه و تحلیل نهایی از لحاظ حقوقی بر ما «حاکمیت» داشته باشد و یا اینکه اگر ما دارای حق حاکمیت‌ایم، او این تکالیف را به «نمایندگی» از ما، بر ما تحمیل کند.<sup>۸</sup>

## دو رویکرد عمده به حق حاکمیت و منابع حقوق

این نتیجه‌گیری ما را با مساله مهمی درگیر می‌کند که در حقوق اساسی ذیل مفهوم «حاکمیت» و حقوق ناشی از آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد. از آنجا که وظیفه این مقاله طرح

مساله «حاکمیت» و «صاحبان حق حاکمیت» نیست، در ادامه، نگارنده، از مبنای نظری خود در تجزیه و تحلیل بحث حاکمیت، به عنوان مفروض، استفاده می‌کند، گر چه استفاده از چارچوب تحلیل‌های رایج در باب حاکمیت و صاحبان حق حاکمیت نیز، تاثیری در ماهیت آنچه خواهد آمد، ندارد. لذا در اینجا تنها به ذکر این جمع‌بندی بسنده می‌شود که صاحبان حق حاکمیت یا همه «انسان‌ها» (مردم) هستند و یا «برخی از انسان‌ها».<sup>۹</sup>

اگر ما همه انسان‌ها را «حاکم بر سرنوشت‌شان» و دارای «حق حاکمیت» بدانیم، در واقع اذعان کرده‌ایم که آنها هستند که به عنوان سرمنشا اصلی، حق دارند تا به ایجاد منابع الزام یا منابع حقوق بپردازند. در واقع، نتیجه اعتقاد به حاکمیت انسان‌ها، حتی فراتر از گزاره پیشین است. اعتقاد به اینکه انسان دارای حاکمیت است، مساوی اذعان به این گزاره است که انسان بر سرنوشتش حاکم است. اگر چنین باشد، آنگاه این انسان، حق خواهد داشت تا مشخص کند که چه محدودیت‌هایی را به دلیل حضور در اجتماع و همزیستی با دیگر انسان‌ها می‌پذیرد. به بیان دیگر، این انسان است که منبع اصلی الزام یا منبع حقوق خواهد بود و اعتبار هر منشا و سرچشمه الزام دیگری وابسته به ارتباطش با اراده انشایی انسان دارای حاکمیت خواهد بود.

در نهایت، در این رویکرد، هر آنچه که نشانگر اجرای حق حاکمیت توسط انسان‌ها باشد، منبع حقوق اساسی خواهد بود. اینکه امروزه در بسیاری از کشورهای جهان متونی با نام قانون اساسی وضع شده و، طبق تعریف، بناست که به شدت از آنها پاسداری شود نشانگر این واقعیت است که اولاً تصویب کنندگان این قانون دارای حق حاکمیت‌اند و ثانیاً آنها هستند که حق دارند تا محدودیت‌هایی را برای خود از مجرای این قانون وضع کنند؛ مضاف بر اینکه همین امور نشان‌دهنده آن است که این سند (قانون اساسی)، منبع حقوق اساسی است، زیرا که محصول اراده انشایی انسان‌هاست.

در مقابل اگر، به هر دلیلی، ما نه همه انسان‌ها، بلکه تنها تعدادی از آنها را، دارای حق حاکمیت بدانیم، آنگاه آن انسان‌های معدود حق خواهند داشت تا از طریق فرامین و دستوراتی که صادر می‌کنند یا قواعدی که وضع می‌کنند، محدودیت‌ها و تکالیفی را، برای ما و دیگر انسان‌ها وضع کنند، و در نتیجه، احکام و فرامین صادره توسط آنها منبع حقوق اساسی خواهد بود.

به رغم تفاوت جهان‌بینی‌ها در میان مردم و جوامع و در کنار توجیهات گوناگونی که در طول تاریخ وجود داشته است، برخی متمایل به رویکرد نخست و برخی نیز متمایل به رویکرد

دوم بوده‌اند. ناگفته پیداست که تکلیف منابع حقوق اساسی بر اساس هر کدام از این دو رویکرد متفاوت خواهد بود. از این زاویه، پرداختن به مساله منابع حقوق اساسی و ارائه فهرستی از این منابع، تابعی از آن است که صاحب نظر یا نویسنده حقوق اساسی از کدام رویکرد به موضوع حق حاکمیت و منابع حقوق اساسی می‌نگرد. نمی‌توان مردم را دارای حق حاکمیت دانست، اما برای روسای حکومت‌ها صلاحیت وضع حق و تکلیف قائل شد، مگر اینکه، پیشتر، این حق روسای حکومت‌ها مورد تایید و موافقت همان مردم (دارندگان حق حاکمیت) قرار گرفته باشد. همچنان که منطقی نیست که ما (به عنوان یک جامعه سیاسی) قائل به این باشیم که فرد خاصی، به علت مشیت یا نصب الهی یا توان و کاریزمای شخصی و یا به هر علت دیگر، دارای حق حاکمیت باشد، اما در عمل امورات خویش را از طریق قانونی سر و سامان دهیم (قانون اساسی) که به تصویب «مردم» رسیده است. حال که دو رویکرد اصلی در نظریه منابع حقوق اساسی شناسایی شد، می‌توانیم با اتکا به پیش‌زمینه‌های نظری هر یک از این رویکردها، فهرست منابع حقوق اساسی را مشخص نماییم.

### **منابع درجه اول و درجه دوم حقوق اساسی**

نگاهی به مبنای نظری طرح شده در لزوم توجه به صاحبان حق حاکمیت از یکسو، و اهمیت توجه به اراده آنها در خلق منابع حقوق اساسی از سوی دیگر، ما را به آموزه مهم دیگری رهنمون می‌کند.

اگر صاحبان حق حاکمیت خالقان منابع حقوق اساسی‌اند، و اگر آنها می‌توانند منابع دیگری را در این زمینه خلق کرده و اراده آن منابع را معتبر شمارند، آنگاه می‌بایست میان اراده صاحبان حق حاکمیت، و اراده دیگر منابعی که اعتبارشان را از صاحبان حق حاکمیت اخذ کرده‌اند، قائل به تفاوت شد. این آموزه، به تمایز ارزش ذاتی منابع حقوق اساسی منتهی می‌شود که بر اساسی آن می‌توانیم منابع حقوق اساسی را به منابع درجه اول یا مستقیم حقوق اساسی و منابع درجه دوم یا منابع غیرمستقیم حقوق اساسی تقسیم کرده و آثار آن را مورد توجه قرار دهیم.

منابع مستقیم یا درجه اول حقوق اساسی را می‌توان منابعی دانست که مستقیماً از اراده صاحبان حق حاکمیت ناشی می‌شوند. بر این مبنا، اراده مستقیم انسان‌ها، مانند همه‌پرسی و عرف را می‌توان منبع مستقیم حقوق اساسی در رویکرد حق حاکمیت انسان دانست.

همچنین می‌توان فرامین و دستورات زمامدار را، در صورتی که آن زمامدار را صاحب حق حاکمیت بدانیم، منبع اصلی حقوق اساسی بیانگاریم.

در مقابل، منابع درجه دوم یا غیرمستقیم منابعی هستند که مستقیماً از اراده و انشای صاحبان حق حاکمیت ناشی نشده‌اند. در این گروه از منابع حقوق اساسی، ابتدا صاحب حق حاکمیت، از طریق اراده خود، به مقام یا نهاد دیگری اجازه صدور فرامین و احکام یا قواعد لازم‌الاجرا را خواهد داد و آنگاه با اراده این مراجع درجه دوم است که قانون یا آیین نامه و یا مصوبه‌ای خلق خواهد شد.

این تقسیم دارای آثار بسیار مهمی است که عموماً نادیده گرفته می‌شود.

اول اینکه طبیعتاً اراده منبع درجه اول حقوق اساسی در واگذاری برخی صلاحیت‌های قاعده گذاری به منابع درجه دوم، قابل باز پس‌گیری است. لذا اگر به موجب فرمان حاکم (در رویکرد حاکمیت برخی انسان‌ها)، یا قانون اساسی مصوب مردم (در رویکرد حاکمیت انسان) به برخی مقام‌ها یا نهادهای حاکم در وضع مقررات لازم‌الاجرا یا صدور دستور، اختیاراتی تفویض شده باشد، از طریق صدور فرمان جدید یا اصلاح قانون اساسی، این اختیارات و صلاحیت‌ها قابل استرداد است. در نتیجه، منابع حقوق اساسی درجه دوم یا غیرمستقیم، اعتبار ذاتی نداشته و تداوم اعتبار و بقایشان منوط به اراده منابع درجه اول یا مستقیم حقوق اساسی است.

بعلاوه، اراده منابع درجه دوم نمی‌تواند ناقض اراده منابع درجه اول حقوق اساسی باشد. لذا در فرض هرگونه تعارض، مانند تعارض در زمان، نمی‌توان به اعتبار تقدم و تاخر، یک منبع درجه دوم را بر منبع درجه اول برتری بخشید. در نتیجه، در فرض تعارض منابع درجه اول و درجه دوم حقوق اساسی، در هر شرایطی، این منابع درجه اول حقوق اساسی‌اند که در صدر می‌نشینند و باعث بی‌اعتباری منابع درجه دوم یا غیرمستقیم می‌گردند.

فایده دیگری که از این تقسیم عاید می‌شود این نکته است که این تنها منابع درجه اول حقوق اساسی‌اند که می‌توانند به خلق منابع جدید و درجه دو حقوق اساسی اقدام کنند. در نتیجه، منابع درجه دوم حقوق اساسی، مجاز به خلق منابع جدید حقوق اساسی نیستند. اجازه دادن به منابع درجه دوم حقوق اساسی برای خلق منابع جدید حقوق اساسی، به تسلسل بی‌نهایتی در منابع حقوق می‌انجامد که منطقی و عملاً قابل مدیریت و کنترل نیست، مضاف بر اینکه از جنبه نظری نیز قابل توجیه نیست، زیرا که دراز مدت می‌تواند، به علت کنترل عملی منابع درجه دوم حقوق اساسی بر منابع عینی قدرت، حق حاکمیت را به منابع درجه

دلیل دیگری که در تبیین این کلام می‌توان ارایه کرد این است که واگذاری اجازه خلق منابع جدید به منابع درجه دوم حقوق اساسی، در عمل به سلب حق کلی از صاحبان حق حاکمیت منجر خواهد شد که منطقی‌تر نمی‌توان به آن ملتزم بود. سلب حق کلی، مستلزم نفی آزادی‌ها و حقوقی است که طبق تعریف، در اختیار صاحب حق حاکمیت قرار دارد. در نتیجه، به نظر می‌رسد که نه تنها می‌بایست میان منابع مستقیم و درجه اول حقوق اساسی با منابع درجه دوم و غیرمستقیم این حقوق تفاوت گذارد، بلکه ضروری است تا صلاحیت ایجاد منابع حقوق را محدود به منابع درجه اول یا مستقیم حقوق اساسی کرد. نگارنده بر آن است که این تقسیم، و آثار حقوقی ناشی از، برخی از مهم‌ترین معضلات جاری را که دامان حقوق اساسی کشور را گرفته است، با کم‌ترین عوارض حقوقی مرتفع می‌سازد، در حالی که، به نظر می‌رسد که راه‌حل‌های جانشین، تبعات غیر قابل‌پذیرشی برای حقوق ایران و حقوق اساسی کشور دارد؛ تبعاتی که حتی، پیشنهاد دهندگان این راه‌حل‌ها نسبت به پذیرش‌شان اکره دارند.

### **منابع حقوق اساسی نزد طرفداران حق حاکمیت انسان (مردم)**

اگر مردم را دارای حق حاکمیت، و به تبع آن دارای صلاحیت وضع حق و تکلیف در عرصه عمومی بدانیم، لاجرم، همه‌پرسی و مراجعه به آراء عمومی را منبع اولیه حقوق اساسی خواهیم انگاشت. این همه‌پرسی می‌تواند از طریق تصویب قوانین اساسی و همچنین دیگر قوانین متجلی گردد. در نتیجه، بر طبق این رویکرد قوانین اساسی و قوانین ناشی از همه‌پرسی، به این دلیل که از اراده انسان‌های دارای حق حاکمیت ناشی می‌شوند، منبع اصلی حقوق اساسی خواهند بود.

در این کشورها البته می‌تواند منابعی دیگری نیز برای حقوق اساسی وجود داشته باشد، اما مشخص است که وجود و اعتبار این منابع منوط به این است که مورد تایید و تصویب صاحبان حق حاکمیت یا مردم قرار گرفته باشد، و بدون این تصویب و تایید، پیشاپیش، هیچ منبع حقوق اساسی دیگری وجود نخواهد داشت. به عنوان مثال، ممکن است در قانون اساسی، این حق برای مجالس مقننه، هیات وزیران، وزراء یا رئیس‌جمهور به رسمیت شناخته شده باشد که طی شرایط و تشریفات اقدام به وضع برخی الزامات قانونی نمایند. در این صورت، صلاحیت‌های قاعده‌گذاری یا تصمیم‌گیری رئیس‌جمهور، وزراء، هیات وزیران یا

پارلمان‌ها، صلاحیت‌هایی ذاتی و از پیش تعیین شده نیست، بلکه اختیاری است که مردم به اعتبار حق حاکمیت خود، برای آنها به رسمیت شناخته‌اند. نتیجه آنکه، در این رویکرد، اراده مردم، منبع مستقیم حقوق اساسی است و اراده غیرمستقیم مردم، یعنی واگذار برخی از اختیاراتشان به بعضی از مقام‌ها و نهادهای حکومتی، نیز می‌تواند منبع حقوق اساسی باشد. مضاف بر موارد فوق، در صورتی که عرف را نشانه اراده مردم بدانیم، چاره‌ای نخواهیم داشت جز آنکه آن را هم راستا با همه‌پرسی به عنوان منبع مستقیم حقوق اساسی تعریف و شناسایی کنیم. بر مبنای این رویکرد، هر آنچه که مستقیماً یا به نحوی غیرمستقیم از اراده مردم (صاحبان حق حاکمیت) ناشی نشده باشد، منبع حقوق نخواهد بود.

### **منابع حقوق اساسی نزد قائلین به حق حاکمیت برخی از انسان‌ها (مردم)**

مسئله و ترتیب منابع حقوق اساسی در این رویکرد متفاوت از رویکرد پیشین است. اگر ما معتقد باشیم که تنها برخی افراد دارای حق حاکمیت‌اند، به واقع پذیرفته‌ایم که تنها آنها هستند که حق دارند، به نحو ابتدایی و مستقیم، برای دیگران حقوق و محدودیت‌هایی وضع نمایند. در این صورت، آن افراد منبع اولیه و مستقیم حقوق خواهند بود. به عنوان مثال، اگر معتقد باشیم که برخی افراد، به علت برخی افاضات خداوندی (مانند آنچه در نگاه تاریخی ایرانیان «فر ایزدی» خوانده می‌شود) و یا به هر علت دیگر، دارای حق حاکمیت‌اند، لاجرم آن افراد منبع حقوق اساسی خواهند بود و هر آنچه که آنها، در عرصه عمومی، اراده و انشاء کنند منبع و منشأ حق و تکلیف است. لذا، بر اساس این رویکرد، احکام و اوامر این افراد منبع مستقیم حقوق اساسی خواهد بود. البته در این رویکرد نیز ممکن است برخی مقام‌ها و نهادهای حکومتی صلاحیت وضع قواعد حقوقی و تصمیم‌گیری در سطح جامعه را داشته باشند، به این شرط که صاحب حق حاکمیت این صلاحیت‌ها و اختیارات را به ایشان تفویض کرده باشد. آشکار است که صلاحیت دیگر مقام‌ها و نهادهای حکومتی، در این رویکرد، صلاحیتی درجه دو و غیرمستقیم است و وجود و بقای این صلاحیت منوط به اراده صاحب حق حاکمیت می‌باشد.

### **نگاهی به منابع احتمالی حقوق اساسی در دو رویکرد**

جمع‌بندی نکات طرح شده در مورد منابع حقوق اساسی را می‌توان ضمن بررسی مجدد منابع هفت‌گانه‌ای که در بسیاری از منابع برای حقوق اساسی پیشنهاد شده، مشخص کرد

و همزمان به طرح این موضوع نیز پرداخت که اگر این مصادیق را می‌توان منبع حقوق اساسی دانست، هر یک از آنها را می‌بایست در کدامیک از تقسیم‌بندی منابع درجه اول یا درجه دوم حقوق اساسی جای داد؟ پس از بررسی این منابع نیز این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد که آیا مصادیقی مانند «احکام اسلام» یا «ارزش‌های اساسی» یک جامعه می‌تواند به عنوان منبع حقوق اساسی معرفی گردد یا خیر؟

## ۱. قانون اساسی

قوانین اساسی اصولاً محصول اراده مستقیم مردم و انسان‌هاست. اگر حاکمیت را حق انسان‌ها بدانیم، لاجرم اراده ایشان را مهم‌ترین منبع حقوق اساسی خواهیم دانست. لذا در چهارچوب نظری رویکرد حق حاکمیت مردم، قوانین اساسی جایگاه محکمی در منابع حقوق اساسی، خواهند داشت. از آنجا که امروزه، شایع‌ترین روش تصویب قوانین اساسی، مراجعه به آراء عمومی است، می‌توان قوانین اساسی را بارزترین نشانه تجلی حق حاکمیت انسان‌ها دانست. با تصویب قانون اساسی، انسان‌ها به نحوی مستقیم حق حاکمیت خویش را متجلی می‌سازند.

در مقابل، اگر انسان‌ها را دارای حق حاکمیت ندانیم، اصولاً نمی‌توانیم نگاه مثبت و توجیه شده‌ای به موضوع همه‌پرسی و تصویب قانون اساسی توسط مردم داشته باشیم. اگر مردم دارای حق حاکمیت نباشند، به چه دلیل متنی به نام قانون اساسی را، به رای ایشان می‌گذاریم؟ فراتر از این، اگر ما نه همه انسان‌ها، بلکه تنها برخی از ایشان را، دارای حق حاکمیت بدانیم، به چه دلیل می‌بایست «قانون اساسی» و «همه‌پرسی» مربوطه را منبع حقوق اساسی بدانیم؟ اعتقاد به حق حاکمیت «برخی انسان‌ها»، با معتبر دانستن قانونی که محصول اراده «همه انسان‌هاست» قابل جمع نیست.

در نتیجه، قانون اساسی تنها در رویکرد مبتنی بر حق حاکمیت انسان معنا می‌یابد و به عنوان منبع اصلی حقوق اساسی قابل اشاره خواهد بود. در مقابل در رویکرد مبتنی بر حق حاکمیت برخی انسان‌ها، قانون اساسی فاقد اعتبار ذاتی بوده و تنها در صورتی می‌تواند محل توجه باشد که اعتبارش مورد تایید صاحبان حق حاکمیت قرار گرفته باشد. در صورت اخیر نیز، قانون اساسی در حد منبع درجه دوم حقوق اساسی قابلیت توجه و اعتبار خواهد داشت.



اگر بپذیریم که صاحبان حق حاکمیت انسان‌ها یا مردم هستند، آنگاه یکی از منابع مهم حقوق عرف خواهد بود.

بعضی دیدگاه‌ها تمایل دارند تا از طریق تقلیل عرف، به آنچه رویه عملی نهادهای حکومتی نامیده می‌شود، تلقی جدیدی از مفهوم عرف را به حقوق اساسی تحمیل کنند. حال آنکه در فرض حق حاکمیت انسان، رویه عملی نهادهای حکومتی را نمی‌توان «اراده انسان» و به تبع آن «عرف» دانست. حتی در فرضی که انسان‌ها این حق را به نهادهای حکومتی داده باشند که از طریق رویه‌های عملی خویش، الزاماتی را برقرار سازند، اعتبار این رویه‌ها محدود به سه نکته خواهد بود:

اول اینکه چون اعتبار این رویه‌ها ناشی از اراده مردم دارای حق حاکمیت است، لاجرم این رویه‌ها منبع درجه دوم حقوق خواهند بود، حال آنکه عرف در رویکرد حق حاکمیت انسان، منبع درجه اول حقوق اساسی است. دوم اینکه می‌بایست نصی روشن در خصوص اعتبار این رویه‌ها وجود داشته باشد و بدون وجود این نص، نمی‌توان به اعتبار هیچ منبع درجه دومی در حقوق اساسی قایل شد. نکته سوم نیز این واقعیت است که با توجه به تلقی روشنی که از مفهوم «عرف» وجود دارد، حتی اگر قایل به اعتبار این رویه‌ها نیز باشیم، این رویه‌ها را نمی‌توان عرف نامید.

در مقابل، اگر معتقد به حق حاکمیت بعضی از انسان‌ها باشیم، آنگاه احتمالاً بتوان رویه‌های عملی صاحبان حق حاکمیت را به عنوان منبع درجه اول حقوق اساسی شناسایی کرد. با این حال، در این وضعیت نیز، نمی‌توان این رویه‌های صاحبان حق حاکمیت را عرف نام نهاد. عرف، کلید واژه‌ای است که تنها در بستر حق حاکمیت انسان، و نه حق حاکمیت بعضی از انسان‌ها، شکل گرفته و معنا یافته است. به تعبیر روشن‌تر، مفهوم عرف، در خارج از بستر رویکرد «حق حاکمیت انسان» قابل فهم و معناپذیر نیست؛ و البته این امر، منافی این نکته نیست که رویه‌های عملی صاحبان حق حاکمیت، در رویکرد حق حاکمیت برخی انسان‌ها، را بتوان لازم‌الاجرا دانست.

از جمله نکات قابل توجه در این زمینه، این واقعیت است که عرف نیز، به مانند همه‌پرسی، متکی به آراء عمومی است و این امر را می‌توان وجه مثبت عرف به عنوان منبع حقوق اساسی دانست. در عین حال، اتکا به عرف، به عنوان منبع حقوق یا حقوق اساسی، با محدودیت‌هایی نیز مواجه است که به آسانی قابل نادیده گرفتن نیست. از زاویه بحث این

مقاله، مساله اصلی، اعتبار یا عدم اعتبار عرف به عنوان یک منبع اصلی و درجه اول حقوق اساسی نیست. در فرض تحقق عرف، به نظر می‌رسد که بر مبنای نظریه حق حاکمیت مردم، چاره‌ای وجود ندارد جز اینکه عرف را نیز منبع حقوق اساسی بدانیم. اگر بر این عقیده‌ایم که مردم حق دارند از طریق انشاء و اراده خود به تصویب قانون اساسی، به عنوان منبع حقوق اساسی، بپردازند؛ لاجرم بایستی بر این اعتقاد نیز باشیم که هم‌ایشان صلاحیت داشته و محق هستند که از طریق اراده و انشای غیرمکتوب خویش در مسیر وضع عرف قدم بردارند. در واقع مساله اصلی و مهمی که عرف با آن مواجه است، نه اعتبار عرف، بلکه نحوه احراز آن است. لذا در صورتی که تحقق یک عرف، محل شک نباشد، نمی‌توان در اعتبارش تردید کرد.

### ۳. قانون عادی

مصوبات مجالس مقننه یا نتایج همه‌پرسی تقنینی را قانون عادی نام نهاده‌اند. قانون عادی این مزیت دارد که ارتباطش با اراده مردم (صاحبان اصلی حق در مدار حق حاکمیت مردم) بیشتر از دیگر منابعی است که در ادامه خواهد آمد، اما دارای این ایراد کلی است که مجالس مقننه، خود یکی از بازیگران قدرت در سطح حکومت‌اند و لذا این احتمال در ارتباط با آنها وجود دارد که از این اختیارشان سوءاستفاده کرده و قدرت‌ها و صلاحیت‌های خویش را، به زیان دیگر بازیگران عرصه قدرت، افزایش دهند.

در جمع‌بندی نهایی، می‌توان به این نتیجه قائل بود که اگر صاحبان حق حاکمیت، برای مجالس مقننه حق قانون‌گذاری قائل شوند، این مجالس مجاز و محق به وضع قانون هستند. با این حال، طبیعی است که چون اختیار مجالس مقننه در این حالت، ناشی از صلاحیتی است که صاحبان حق حاکمیت به آنها واگذار کرده‌اند، بهره‌برداری مجالس مقننه از حق قانون‌گذاری‌شان نمی‌تواند و نمی‌بایست ناقض حق حاکمیت مردم باشد. لذا قوانین عادی را می‌بایست در زمره منابع درجه دوم حقوق اساسی جای داد. به همین دلیل، هر گاه که میان اراده صاحبان حق حاکمیت، مانند قانون اساسی، با اراده مجالس مقننه تعارضی شکل گرفت، بی‌شک اراده صاحبان حق حاکمیت برتری داشته و ناسخ مصوبات پارلمان‌ها خواهد بود.

در فرض اعتقاد به حق حاکمیت برخی از مردم، نمی‌توان برای قوانین مصوب پارلمان‌ها یا قوانین عادی، اعتباری ذاتی قائل بود. لذا در این تلقی نیز، قوانین عادی منبع درجه اول

حقوق اساسی نیستند و تنها در صورتی که صاحب حق حاکمیت (مثلاً پادشاهان در رویکرد حق حاکمیت پادشاه)، به پارلمان اجازه قانون‌گذاری را اعطا کرده باشد، پارلمان بر اساس این اجازه مجاز به وضع قانون خواهد بود و مصوبه‌اش در فرض عدم تعاض با حکم پادشاه، معتبر خواهد بود.

#### ۴. رویه قضایی و آراء وحدت رویه قضایی

جایگاه قوه قضاییه، قضات و آراء آنها در ساختمان حقوق اساسی کشورها متفاوت است. در کشوری مانند ایران که قانون مصوب پارلمان نقش مهمی در ساختار حقوقی کشور دارد، اهمیت آرای قضایی به درجه و شدتی نیست که این آراء در کشوری مانند انگلستان یا ایالات متحده دارد. در کشوری مانند ایران، تنها بخشی از آراء صادره در مراجع قضایی (آرایی که آراء وحدت رویه خوانده می‌شوند) را می‌توان منبع حقوق اساسی دانست. نقش دیگر آراء صادره توسط دادگاهها را می‌بایست در حد تاثیرگذاری دکتربین دانست که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. در مقابل، در برخی از کشورها میزان تاثیرگذاری آراء قضات در منابع حقوق اساسی بیشتر از آن است که نادیده گرفته شود، مضاف بر اینکه در کشورهایی مانند ایران نیز، مسیرهای تعریف شده عام و در عین حال محدودی برای تاثیرگذاری آراء قضات در حقوق اساسی کشور وجود دارد.

به رغم نکات متنوعی که در خصوص میزان اعتبار و تاثیر آراء دادگاهها، رویه قضایی، و آراء وحدت رویه قضایی وجود دارد، از منظر مورد نظر این مقاله، در این نکته تردیدی نیست که در فرض حق حاکمیت انسان یا حق حاکمیت برخی انسان‌ها نمی‌توان برای آرای قضایی، اعتباری در حد منبع درجه اول حقوق اساسی قائل شد و هر گونه اعتبار را، در فرض وجود نص معتبر، می‌توان در حد منبع درجه دوم حقوق اساسی در نظر گرفت.

#### ۵. مصوبات و آیین‌نامه‌های قوه مجریه

پیوند مصوبات قوه مجریه با آنچه اراده مردم خوانده می‌شود بسیار کمتر از قوانین مصوب مجلس است. بعلاوه اینکه نظارت به مراتب کمتری بر این مصوبات انجام می‌شود، همچنان که لزوم انتشار جلسات هیات وزیران در حد جلسات پارلمان‌ها نظام یافته و شفاف نیست. بعلاوه ماهیت این مصوبات، طبق تعریف حقوق اداری، بیش از اینکه ناظر به روابط میان اداره و مردم باشد، متوجه رابطه مدیریت اداره با ارکان اداره است. با اضافه کردن تعداد فراوان این مصوبات که در عمل باعث عدم اشراف بر این مصوبات می‌گردد، به نظر می‌رسد

که نمی‌توان مصوبات قوه مجریه (و اصولاً مصوبات دیگر مراجع و نهادهای حکومتی) را منبع حقوق اساسی دانست زیرا که از این مجرا ممکن است ضربات جبران‌ناپذیری به حقوق مردم از یکسو و دیگر نهادهای حکومتی و فعال در عرصه عمومی کشور وارد شود، همچنان که مراجع اجرایی در فرض بهره‌مند بودن از اختیارات قاعده‌گذاری می‌توانند، از این اختیارات برای افزایش دامنه اقتدارات خود و کاستن از میزان اختیارات قوای دیگر، استفاده کنند.

جدای از تحلیل نظری فوق، در عمل، این صاحبان حق حاکمیت‌اند که در خصوص دخالت یا عدم دخالت قوه مجریه در فرایند قاعده‌گذاری (چه قانون‌گذاری ملی و چه قاعده‌گذاری در سطح قوه مجریه) تعیین تکلیف می‌کنند. در نتیجه اصل بر عدم صلاحیت قاعده‌گذاری قوه مجریه است، مگر آنکه صاحبان حق حاکمیت چنین اختیاراتی را، از طریق نصوص مشخصی، در اختیار قوه مجریه قرار دهند. پس اعتبار مصوبات و آیین‌نامه‌های قوه مجریه، ناشی از اراده صاحبان حق حاکمیت است. به همین دلیل، مصوبات و آیین‌نامه‌های قوه مجریه را حداکثر می‌توان در سطح منابع درجه دوم حقوق اساسی احصا کرد و در صورت سکوت قانون اساسی (در رویکرد حق حاکمیت مردم) و فرمان حاکم (در رویکرد حق حاکمیت بعضی از مردم)، نمی‌توان جز در موارد تصریح شده، حق قاعده‌گذاری این قوه را به رسمیت شناخت.

## ۶. فرامین و احکام روسای کشورها

دلالت مفهوم «فرمان» و «حکم» از یکسو و «روسای کشور» از سوی دیگر، چندان روشن و دقیق نیست.<sup>۱۱</sup> به عنوان مثال، روشن نیست که مفهوم فرمان، شامل وضع قواعد عام لازم‌الاجرای حقوقی نیز می‌شود یا خیر؟ همچنانکه مشخص نیست که منظور از رئیس کشور، در کشوری مانند ایران، ریاست جمهور یا رهبری است؟ به همین دلیل، همیشه احتمال سوءبرداشت یا سوءاستفاده از این عبارت وجود داشته و خواهد داشت.

از منظر حق حاکمیت انسان، در خصوص اختیارات قاعده‌گذاری یا تصمیم‌گیری روسای کشورها اصل بر عدم صلاحیت آنهاست مگر آنکه در مصداق و موردی خاص، مردمی که دارای حق حاکمیت‌اند، از طریق قانون اساسی، اختیارات خاص و مشخصی را به روسای کشورها اعطاء کنند. در این مورد خاص نیز، صلاحیت تصمیم‌گیری یا قاعده‌گذاری روسای کشورها محدود به میزانی است که در قوانین اساسی مشخص شده و در فرض سکوت یا

عدم اشاره قانون اساسی، اصل بر عدم صلاحیت روسای کشورها خواهد بود. در این تلقی، صلاحیت روسای کشورها در وضع الزام یا صدور دستور، در حد منابع درجه دوم حقوق خواهد بود.

در مقابل، اگر به مانند برخی رویکردهای نظری، تنها برخی از مردم، و نه همه آنها، را دارای حق حاکمیت بیانگاریم، آنگاه این «برخی از مردم» را می‌توان «رئیس» کشور و صاحب سرنوشت کشور و مردم انگاشت و در این صورت آنها حق تعیین سرنوشت خود و دیگران را خواهند داشت و به تنهایی، چه متنی به عنوان قانون اساسی وجود داشته باشد یا خیر، و چه در قوانین اساسی به این موضوع اشاره رفته باشد یا خیر، منبع اولیه و اصلی حقوق اساسی خواهند بود. در این رویکرد، اراده و خواست رئیس کشور، منبع اصلی و اولیه حقوق اساسی بوده و اعتبار دیگر منابع حقوق اساسی تابعی از ارتباطش با این منبع خواهد بود.

آنگونه که مشخص است، بر اساس تفاوت دیدگاه‌ها نسبت به موضوع حق حاکمیت مردم، این منبع حقوق اساسی سرنوشتی کاملاً متفاوت خواهد داشت.

## ۷. دکترین و نظریه دانشمندان حقوق

همانگونه که می‌دانیم دیدگاه‌های علمای حقوق را دکترین می‌نامند. دیدگاه‌ها و نظریه‌های علمی دانشمندان حقوق را نمی‌توان به عنوان منبع حقوق دانست.<sup>۱۲</sup> علمای حقوق و دانشمندان این عرصه، صاحبان حق حاکمیت نیستند که دیدگاه‌هایشان تبدیل به احکام و قواعد لازم‌الاجرای ملی گردد. این افراد تنها کارشناسانی هستند که از دانش و تخصص کافی برای فهم منابع حقوق اساسی و معنای آن برخوردارند. همچنان که تخصص یک پزشک یا مهندس نیز به او اجازه نمی‌دهد که دیدگاه‌های کارشناسی خود را به بیماران و مراجعین تحمیل نماید، و در نهایت این بیمار است که با توجه به دانش و تخصص پزشک، تصمیم خود را می‌گیرد، یک کارشناس حقوقی نیز مجاز به تعیین تکلیف در خصوص سرنوشت مردمان یک کشور نیست، مگر آنکه از سوی صاحبان حق حاکمیت در آن کشور اجازه چنین کاری را یافته باشد. لذا، در نظر اولیه دیدگاه‌های کارشناسان و علمای حقوق را نمی‌توان منبع حقوق اساسی دانست. این کارشناسان برای هرگونه اقدام در وضع تکلیف یا توزیع صلاحیت در سطح ملی، نیاز به نمایندگی از صاحب حق حاکمیت دارند.

## ۸. نگاهی به «ارزش‌های اجتماعی» و «احکام دینی» به عنوان منابع حقوق

همان‌گونه که در نقل‌های ذکر شده از برخی تالیفات حقوق اساسی آمد، برخی از صاحب‌نظران از منابع فقه به عنوان منبع حقوق اساسی ایران یاد کرده‌اند. تصویر بزرگ‌تر این تلقی را می‌توان این‌گونه تبیین کرد که به زعم برخی اندیشمندان ارزش‌های اجتماعی و احکام دینی را می‌توان به عنوان منابع حقوق اساسی مردمان دانست که به این ارزش‌ها و احکام اعتقاد دارند. به عنوان مثال در کلام این گروه آیات الهی و سنت معصومین را می‌توان منبع حق و تکلیف در حقوق اساسی ایران دانست.

در مقام ارزشیابی این اظهارنظرها، نمی‌توان با توسعه منابع حقوق اساسی به ارزش‌های اجتماعی یا احکام دینی همراه شد. اینکه احکام دینی برای معتقدان به آن دین و ارزش‌های اجتماعی برای ملتزمان به آن ارزش‌ها، دارای این سطح از اهمیت است که در قالب یک گزاره حقوقی در حیات دینی یا اجتماعی ایشان حضور می‌یابد یک امر است، و اینکه منابع استنباطی این ارزش‌ها و احکام خود منبع حقوق اساسی باشند امری دیگر.

اگر بپذیریم که به مانند جوامعی مثل جامعه ایران، که دارای ریشه‌های مذهبی قوی و محکمی است، دیگر جوامع نیز از برخی ارزش‌های مشخص در زندگی خود دفاع می‌کنند، لاجرم می‌بایست معتقد باشیم که سرچشمه‌های آن ارزش‌ها را نیز می‌بایست به عنوان منبع حقوق اساسی آن جوامع در نظر گرفت. فی‌المثل، اینکه جامعه‌ای طرفدار ارزش‌های فردگرا یا جمع‌گراست و یا اینکه از ارزش‌های نظام سرمایه‌داری حمایت می‌کند، به این معنا نیست که مهم‌ترین اسناد و تالیفات مربوط به فردگرایی یا جمع‌گرایی و یا سرمایه‌داری به عنوان منبع حقوق اساسی آن جامعه باشد. اگر چه، عملاً، معتقدان به فردگرایی یا جمع‌گرایی و یا سرمایه‌داری، در هنگام وضع قانون، ارزش‌های مورد نظر خویش را در مصوبات خویش دخالت می‌دهند. به بیان دیگر، ارزش‌های فردگرا یا جمع‌گرا یا سرمایه‌داری به عنوان یک چراغ راهنما تمامی زندگی معتقدان به این ارزش‌ها، از جمله قوانین تصویب شده یا قانون اساسی آنها را تحت تاثیر قرار می‌دهد. به تعبیر دیگر، ارزش‌های دینی و اخلاقی حاکم بر صاحبان حق حاکمیت، خواه‌ناخواه تاثیر خود را بر اراده انشایی آنها بر جای می‌گذارد، اما این گفته، این واقعیت را که، در هر حال این اراده صاحبان حق حاکمیت است که واجد اعتبار حقوقی است، تغییر نمی‌دهد.

در ارتباط با احکام دین نیز همین قاعده قابل تطبیق است. یک جامعه دینی که به برخی ارزش‌های دینی مشخص معتقد و پایبند است، در هنگام انشای قرارداد یا وضع قانون، با

اتکاء به همین ارزش‌ها و سرچشمه‌ها، قوانین خود را وضع و یا قراردادهای خود انشاء می‌کند، بلکه حتی ممکن است، عین یک عبارت از متون دینی مورد نظر خویش را به عنوان بخشی از قرارداد منعقد یا ماده‌ای از قانون مصوب خود ذکر نماید. بروز چنین پدیده‌ای نه تنها ممکن است، بلکه انتظار دیگری نیز نمی‌توان از معتقدان به یک دین و آیین نمی‌توان داشت. به همین دلیل است که با نیم‌نگاهی به قوانین حاکم در کشور، از جمله قانون مدنی، می‌توانیم میزان حضور دین و ارزش‌های دینی را در قوانین کشور به عینه مشاهده کنیم. با این وصف، درج برخی گزاره‌های مربوط به متون دینی در قوانین و قانون اساسی، با این ادعا که متن کتاب خداوند و سنت معصومین منابع حقوق اساسی یک کشورند، تفاوت دارد. با اتکاء به این توضیحات، مشخص می‌شود که ارزش‌های اجتماعی و احکام دینی برای معتقدان به آنها، سرچشمه یا منشاء قانون‌گذاری‌اند، نه منبع حقوق. در این توصیف، قانون منبع حقوق خواهد بود و ارزش‌های دینی یا اجتماعی سرچشمه قانون یا سرچشمه منبع حقوق. لذا منبع حقوق و سرچشمه‌اش متفاوت و جدا از یکدیگرند، گرچه این سرچشمه‌های حقوق‌اند که داده‌های مورد نیاز برای شکل‌گیری منابع حقوق را فراهم می‌آورند. پس احکام دینی و منابع فقه را می‌توان سرچشمه‌هایی دانست که در کشوری مانند ایران، داده‌های مورد نیاز برای قانون‌گذاری را فراهم می‌آورند و بخش عمده محتوای قوانین را تشکیل می‌دهند، همچنان که در یک جامعه فردگرا، سرچشمه‌های فردگرایی است که داده‌های لازم برای تصویب قوانین را فراهم می‌کنند. به همین دلیل است که هر ناظری می‌تواند با مراجعه به قوانین و مقررات تصویب شده در یک جامعه فردگرا، به این ارزیابی برسد که این قوانین، قوانینی فردگرا هستند، زیرا که از سرچشمه‌های ارزش‌های فردگرایانه تغذیه شده‌اند.

در نتیجه، چه به عنوان منبع اصلی و درجه یک و چه به عنوان منبع فرعی و درجه دو، نمی‌توان ارزش‌های اجتماعی یا احکام دینی را منبع حقوق دانست. این ارزش‌ها و احکام شکل دهنده منابع حقوق‌اند و واضعان منابع حقوق، مانند قانون‌گذاران، از این ارزش‌ها و احکام برای وضع منابع حقوق استفاده می‌کنند.

## **جمع‌بندی و نتیجه‌گیری**

در جمع‌بندی مباحث طرح شده، می‌توان به نکات اشاره کرد:

۱. خصلت یک منبع حقوق اساسی این است که برای بعضی بازیگران قدرت آورده و حقوقی را به ایشان اعطاء می‌کند و در مقابل عده‌ای دیگر را مکلف می‌کند. لذا بحث از

منابع حقوق، از جمله منابع حقوق اساسی، یک بحث نظری صرف نیست. این بحث تأثیر کاملاً مستقیمی در نحوه توزیع حقوقی قدرت در جامعه دارد و به همین دلیل می‌بایست آن را در چارچوب بحث قدرت و صلاحیت مورد مطالعه قرار داد و مباحث و نتیجه‌گیری‌های خود را بر اساس یک چارچوب نظری دقیق پایه‌ریزی کرد.

۲. از آنجا که منابع حقوق در کار ایجاد تکلیف یا حقوقی برای عامه مردم‌اند، نمی‌توان به این بحث وارد شد، بدون اینکه مشخص شود که چه کسانی حق دارند تا برای مردم قواعد الزام‌آور و لازم‌الاجرا وضع کنند. باز از آنجا که در عرصه خصوصی ایجاد چنین تکالیفی برای انسان‌ها می‌بایست از طریق اراده خودشان متجلی شود (در غیر از مصداق محجوران)، در عرصه حقوق اساسی می‌بایست مشخص کنیم که چه کسی یا چه کسانی حق دارند تا برای انسان‌ها و عامه مردم تصمیم‌گیری کرده و مثلاً انسان‌ها را متعهد به تعهداتی کنند. این بحث ما را به موضوع «حق حاکمیت» وارد می‌کند. طبق تعریف، کسی که، در عرصه عمومی، دارای حق حاکمیت است حق دارد تا در ارتباط با سرنوشت خود یا جامعه‌ای که حاکمیتش را برعهده دارد تصمیم بگیرد.

۳. دو رویکرد کلی در بحث از حق حاکمیت وجود دارد. بر اساس رویکرد اول، حق حاکمیت، به مانند عرصه خصوصی، متعلق به همه انسان‌ها یا مردم است. از این تلقی با عنوان حق حاکمیت انسان یا حق حاکمیت همه مردم یاد کردیم. در مقابل این رویکرد، دیدگاهی قرار دارد که به عللی، حق حاکمیت را متعلق به همه مردم نمی‌داند و بر آن است که به دلایل خاص، تنها عده‌ای از مردم‌اند که حق دارند برای دیگران یا همه مردم تعیین تکلیف کنند. از این رویکرد با عنوان رویکرد مبتنی بر حق حاکمیت بعضی از مردم یاد کردیم.

۴. تعیین تکلیف موضوع منابع حقوق، منوط به آن است که پیشتر موضع ما نسبت به حق حاکمیت و دارنگانش مشخص شود. منابع حقوق در تلقی حق حاکمیت انسان، سرنوشتی کاملاً متفاوت با تلقی حق حاکمیت بعضی انسان‌ها دارد.

۵. اگر قائل به حق حاکمیت انسان باشیم، آنگاه اراده مستقیم او (همه‌پرسی و عرف) می‌تواند به عنوان منبع اصلی حقوق مطرح شود. در این تلقی از حق حاکمیت، تنها در صورتی می‌توانیم از قانون عادی، فرامین روسای کشورها، مصوبات قوه مجریه و آراء دادگاهها به عنوان منبع حقوق اساسی یاد کنیم که اراده صاحبان حق حاکمیت (مردم) بر منبع حقوق اساسی بودن آنها تعلق گرفته باشد. واقفیم که علی‌الاصول این اراده مردم از



طریق درج صلاحیت‌های قانون‌گذاری و قاعده‌گذاری در قوانین اساسی تجلی می‌یابد. پس در کنار منابع مستقیم حقوق اساسی، امکان وجود برخی منابع غیرمستقیم نیز وجود دارد. برخی گزاره محصول اراده مستقیم دارندگان حق حاکمیت‌اند و برخی به نحو غیرمستقیم به صاحبان حق حاکمیت متصل می‌گردند. از یاد نبریم که هر گونه تلاش در جهت محدود کردن نظری حقوق انسان‌ها در تجلی اراده و تعیین سرنوشت‌شان، پیش از هر چیز، به چالش کشیدن حق حاکمیت انسان‌هاست. اگر چه طرفداران رویکرد رقیب یا حق حاکمیت برخی انسان‌ها، از لحاظ نظری، با این محدودیت مواجه نیستند، اما از طرفداران حق حاکمیت انسان انتظار نمی‌رود تا، در عین وفاداری به مبنای نظری خویش، با اراده انشایی انسان‌ها، در مقام مواجهه برآیند.

۶. فایده ضمنی دیگری که از بحث منابع حقوق بر مبنای رویکرد حق حاکمیت انسان بدست می‌آید این است که قانون‌گذار عادی یا دیگر مقام‌ها و نهادهای حاکم نمی‌توانند/حق ندارند در نقش توزیع‌کننده صلاحیت‌های قانون‌گذاری یا قاعده‌گذاری وارد عمل شده و منبع حقوق جدیدی را در فضای حقوقی کشور ایجاد کند. به بیان دیگر، در رویکرد حق حاکمیت انسان، مقامی که صلاحیت دارد تا اختیارات قانون‌گذارانه و قاعده‌گذارانه را توزیع کند، همانا مردم‌اند و بس. در نتیجه، قوانین مصوب پارلمان صلاحیت ایجاد منبع حقوق جدیدی را ندارند<sup>۱۳</sup>. به بیان دیگر، این تنها منابع درجه اول حقوق اساسی‌اند که صلاحیت ایجاد منابع درجه دوم حقوق اساسی را دارند و منابع درجه دوم حقوق اساسی، از این توان محروم‌اند.

۷. اما بر اساس رویکرد حق حاکمیت بعضی از انسان‌ها، ابتدا می‌بایست مشخص شود که این «بعضی» چه کسانی هستند. پس از مشخص شدن این امر است که کلیه حقوق قانون‌گذارانه و قاعده‌گذارانه، در ایشان تجمع می‌شود. به بیان دیگر، در این رویکرد، همان بعضی از انسان‌ها هستند که منشاء قانون‌گذاری در کشور خواهند بود. به عنوان مثال اگر پادشاه را به علت برخی صفات و برجستگی‌های خاص، دارای حق حاکمیت بدانیم، ناچاریم که او را منبع اصلی حقوق و حقوق اساسی کشور بیان‌کاریم<sup>۱۴</sup>.

۸. در کنار نکات فوق، به نظر می‌رسد که عناوینی مانند نظریه علمای حقوق و ارزش‌های اجتماعی و احکام دینی، به رغم تاثیر محتوایی که در کار قانون‌گذاری دارند، به تنهایی نمی‌توانند به عنوان منبع حقوق معرفی شوند. در واقع، این عناوین، سرچشمه‌های نیرومندی هستند که به خلق منابع حقوق مدد می‌رسانند. منبع حقوق، آن چیزی است که در مقام ادعا

و اختلاف، مدعی برای اثبات حق یا عدم تکلیفش، به آن استناد می‌کند. این در حالی است که ارزش‌های اساسی و گزاره‌های شرعی، چیزهایی هستند که در مقام خلق منابع حقوق به آنها استناد می‌شود و نه در مقام اختلاف.

۹. تحلیل ارائه شده در سطور فوق متضمن برخی الزامات روش‌شناختی نیز می‌باشد. به عنوان مثال، طرفداران نظریه حق «حاکمیت مردم»، نمی‌توانند به نحو پیشینی یا پیشاپیش قائل به حق قانون‌گذاری یا قاعده‌گذاری برای برخی اشخاص، به عنوان یک حق خدادادی باشند. رویکرد حق حاکمیت مردم، چنین حقی را برای همه انسان‌ها، و نه بعضی از آنها، به رسمیت می‌شناسد. از آنجا که هر منبع حقوق، اعتبار خویش را از اراده صاحبان حق حاکمیت اخذ می‌کند، مسیر منابع حقوق در رویکرد حق حاکمیت مردم، لاجرم، از معبر اراده مردم دارای حق حاکمیت گذر می‌کند. به همین دلیل، پیش از وجود و تجلی اراده انسان‌های دارای حق حاکمیت، امکان بحث از وجود یک منبع حقوق اساساً منتفی است. در مقابل، قائلین به حق حاکمیت «بعضی از مردم»، منطقاً نمی‌توانند در کلام و استدلال‌های حقوقی خود به قانون اساسی، به مثابه متن برآمده از رای مردم استناد کنند. کسانی از این امکان برخوردارند که در مبنای نظری‌شان، حق مردم در تصویب و وضع قانون اساسی را به رسمیت شناخته باشند. استناد قائلین به نظریات مبتنی بر فر ایزدی یا نظریه نصب به قانون اساسی در استدلال‌های حقوقی‌شان، استناد به متنی است که به خاطر عدم صلاحیت وضع‌کننده‌اش فاقد اعتبار و روایی است.

۱۰. در نتیجه، طرح موضوع منابع حقوق در تالیفات مربوط به حقوق اساسی، پیشاپیش، نیازمند تعیین تکلیف نسبت به این پرسش است که از نگاه مولف، یا زاویه‌ای که او که از آن زاویه به حقوق اساسی می‌نگرد، «چه کسی دارای حق حاکمیت است؟» اگر چنین باشد، آنگاه نمی‌توان از کسی که قائل به حق حاکمیت برخی از مردم، و نه همه مردم، است، انتظار داشت که بر «قانون اساسی» مصوب مردم، تمرکز زیادی کرده و در تحلیل‌هایش، مکرر، به این قانون ارجاع دهد. می‌توان گمانه زد که عدم توجه به این نتیجه مهم، محتوای تالیفات صورت گرفته را درگیر تناقض‌هایی می‌کند که به راحتی قابل ترمیم نیست.

- ۱- حسن خسروی، حقوق اساسی ۱، چاپ سوم، تهران، دانشگاه پیام‌نور، ۱۳۸۸، ص ۱۵ به بعد
- ۲- بیژن عباسی، مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران، جاودانه جنگل، ۱۳۸۹، ص ۳۲ به بعد
- ۳- ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دوازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۳، ص ۱۰۲ به بعد
- ۴- خیرالله پروین، فیروز اصلانی، اصول و مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۹ به بعد
- ۵- اسدالله لطفی، حقوق اساسی و ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران، جاودانه جنگل، ۱۳۸۹، ص ۲۱
- ۶- اسدالله لطفی، پیشین، صفحه ۲۲ به بعد
- ۷- مرتضی نجفی، فرید محسنی، فرید، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ هفتم، تهران، بین‌المللی الهدی، ۱۳۸۸، صفحه ۱۶ به بعد
- ۸- مفروض است که مخاطبان فرزانه این متن به تفاوت‌های میان «حاکمیت» و «حکومت» اشراف و آگاهی دارند.
- ۹- نگارنده امیدوار است تا جمع‌بندی مباحث مربوط به حاکمیت، که منجر به نتیجه‌گیری فوق از صاحبان حق حاکمیت شده است، را در آینده‌ای نزدیک ارائه نماید.
- ۱۰- نگاهی به نوع استدلال‌های ارائه شده در کتب حقوق اداری، در باب توجیه علت صلاحیت مقام‌های اجرایی در وضع مقررات نظام‌نامه‌ای از یکسو، و تاثیر عملی این قدرت نظام‌نامه‌ای در حقوق و آزادی‌های عمومی و رژیم سیاسی کشور از سوی دیگر، نشان می‌دهد که نسبت به موضوعاتی از این دست، می‌بایست حساسیت بیشتری به خرج داد، بویژه، آنگاه که در مقام تبیین نظری مباحث مهمی مانند منابع حقوق هستیم، زیرا که ممکن است با تبعاتی مواجه شویم که هیچگاه منظورمان نبوده است. حجم رو به تزاید آیین‌نامه‌های ابطال شده توسط مراجعی مانند دیوان عدالت اداری و آیین‌نامه‌هایی که می‌بایست ابطال شوند و هیچگاه ابطال نشده‌اند، تنها، یکی از این تبعات است.
- ۱۱- کلیدواژه دیگری که، در ایران، گاه در توصیف فرمان و احکام روسای کشورها مورد استفاده قرار می‌گیرد، «حکم حکومتی» است که می‌توان آن را ترجمان اراده حاکمی دانست که، خود، دارای حق حاکمیت است.
- ۱۲- اگر از زاویه حق حاکمیت مردم نگاه کنیم، هیچ دانشمندی از این جهت که دانشمند است، صلاحیت وضع قواعد حقوقی برای مردم را ندارد، چه این دانشمند حقوق‌دان باشد یا مثلاً پزشک و حتی کارشناس دینی. اینکه مردم دارای حق حاکمیت برای رتق و فتق امور خود به حقوق‌دان یا پزشک و یا کارشناس دینی مراجعه کنند، نکته‌ای است که ربطی به صلاحیت ذاتی حقوق‌دان یا پزشک و یا کارشناس امور دینی ندارد. اگر حقوق‌دانان، پزشکان و کارشناسان امور دینی از سوی مردم دارای حق حاکمیت، نمایندگی لازم برای وضع قاعده حقوقی را پیدا کردند، آنگاه چنین صلاحیتی خواهند داشت. در غیر این صورت، بر اساس دیدگاه حق حاکمیت مردم، هیچ کارشناسی، به وصف کارشناس بودن، صلاحیت وضع الزام حقوقی برای انسان‌ها را ندارد. حتی در رویکرد حق حاکمیت برخی از مردم نیز، هر کارشناسی نمی‌تواند به سطح «حاکم» عروج کند. در نظریه نصب در ولایت فقیه، یا رویکرد افلاطون،

لزوماً هر فقیه یا هر فیلسوفی حاکم نیست و از حق حاکمیت بهره نمی‌برد. به بیان دیگر، توان کارشناسانه فقیه یا فیلسوف، به «هر» فقیه و فیلسوفی این صلاحیت را اعطا نمی‌کند تا نسبت به سرنوشت مردم تصمیم بگیرد. وجود برخی شاخص‌ها در یک فقیه یا فیلسوف لازم است تا او را از دیگر فقیهان و فیلسوفان متمایز ساخته و، به تبع، واجد این صلاحیت کند که نسبت به سرنوشت خود و دیگر مردمان تصمیم‌گیری کند.

۱۳- در این زمینه نگاه کنید به اثر زیر که طبق آن نویسنده، برخلاف نتیجه‌گیری فوق، واگذاری صلاحیت وضع مقررات به رئیس جمهور در حقوق اساسی ایران را، از طریق قانون عادی ممکن شمرده است. (ولی رستمی، مطالعه تطبیقی جایگاه رئیس جمهور در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹)

۱۴- شاید بتوانیم صلاحیت توشیح قوانین بوسیله بالاترین مقام رسمی کشور در قوانین اساسی معاصر (عصر حاکمیت انسان) را بازتاب رنگ و رو رفته‌ای از حق حاکمیتی بدانیم که پیشتر (عصر حاکمیت برخی از مردم) در پادشاه و بالاترین مقام رسمی کشور متجلی می‌شد.